

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/32127>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-07 and may be subject to change.

# Het omgangsrecht van de sperma-donor op grond van diens nauwe persoonlijke betrekking met het kind

Prof.mr. A.J.M. Nuytinck

HR 30 november 2007, LJN: BB9094 (mrs. D.H. Beukenhorst, P.C. Kop, E.J. Numann, A. Hammerstein en F.B. Bakels; A-G mr. L. Strikwerda)

Geschil tussen moeder van door kunstmatige inseminatie verwekt minderjarig kind en spermadonor over de vraag of hij als biologische vader op de voet van artikel 1:377f BW is gerechtigd tot omgang met kind; ontvankelijkheid van inleidend verzoek; aan nauwe persoonlijke betrekking te stellen eisen; bescherming ex artikel 8 EVRM van potentiële relatie

## De feiten<sup>1</sup>

- 1 De dochter is in 2000 uit de moeder geboren. Zij is verwekt door middel van kunstmatige inseminatie met sperma van de man. De man noch een derde heeft de dochter erkend. De moeder heeft van rechtswege het gezag over de dochter.
- 2 Toen de moeder de man leerde kennen in 1994, had zij een relatie met een vrouw. De man had destijds een relatie met een man. Reeds in het begin van hun vriendschap heeft de moeder aan de man gevraagd of hij spermadonor voor haar wilde zijn, waarop de man in beginsel positief reageerde. Het is er echter toen niet van gekomen in verband met de toenmalige relatie van de moeder.
- 3 In november 1999 is op initiatief van de moeder andermaal gesproken over het donorschap. Partijen spraken toen af dat de man een rol in het leven van het kind zou worden toebedeeld. Eind 1999 heeft de moeder zichzelf geïnsemineerd met het sperma van de man en raakte zij zwanger.
- 4 Partijen hadden toen nog niet duidelijk gesproken over de invulling van de rol van de man. Tijdens de zwangerschap bleken partijen hierover verschillend te denken. Na een gesprek tussen partijen over de feitelijke invulling van het ouderschap gaf de man aan teleurgesteld

te zijn over het standpunt van de moeder en over het een en ander te willen nadenken, en heeft hij in januari 2000 aan de moeder te kennen gegeven dat hij niets meer met haar of haar zwangerschap te maken wilde hebben.

- 5 In mei 2000 is de man hierop teruggekomen. Hij heeft de moeder toen geschreven dat hij zich bij de wensen van de moeder zou neerleggen en dat hij zich realiseerde dat hij vanuit dit nieuwe perspectief iets voor het kind kon gaan betekenen. Hierop heeft de moeder niet gereageerd.
- 6 In de week waarin de moeder was uitgerekend, heeft de man haar een kaartje gestuurd om haar sterkte te wensen met de bevalling. Hij heeft in die periode iedere dag de geboorteaankondigingen in Het Parool doorgenomen en daarin gelezen dat de dochter in 2000 was geboren.
- 7 Kort na de geboorte zijn partijen elkaar nog tegengekomen, toen de moeder met de dochter op straat liep. De man heeft de moeder toen kort aangesproken. Partijen hebben elkaar nog een aantal keren zien lopen of fietsen, maar hebben geen contact meer gehad.
- 8 De man heeft vervolgens geruime tijd een (nieuwe) partner gehad. De pogingen van deze partner om contact te leggen tussen partijen zijn op de moeder intimiderend overgekomen en contraproductief geweest. De moeder heeft zich in maart 2005 tot de politie gewend en aangifte gedaan dat zij zich voelde lastiggevallen door de partner van de man.

## Het geding in feitelijke instanties<sup>2</sup>

De man heeft aan zijn verzoek te bepalen dat hij op de voet van artikel 1:377f BW is gerechtigd tot omgang met de dochter, en te bepalen op welke wijze de man en de

1 Ontleend aan punt 3.1 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.

2 Ontleend aan de punten 3.2 en 3.3 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de

Hoge Raad.

moeder gezamenlijk of via een derde moeten gaan vormgeven aan de contacten tussen de man en de dochter, ten grondslag gelegd dat sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking, op grond waarvan hij recht heeft op omgang met de dochter. De rechtbank heeft geoordeeld dat tussen de man en de dochter geen nauwe persoonlijke betrekking als bedoeld in artikel 1:377f BW dan wel in de zin van artikel 8 EVRM is ontstaan, en heeft daarom de man in zijn verzoek niet-ontvankelijk verklaard.

Het hof heeft de man wel ontvankelijk geacht in zijn verzoek, waaraan de man een subsidiair verzoek tot het vaststellen van een informatieregeling had toegevoegd, en heeft de behandeling vervolgens aangehouden voor een onderzoek door de Raad voor de Kinderbescherming naar de wijze waarop de man en de moeder gezamenlijk of via een derde kunnen vormgeven aan contacten tussen de man en de dochter.

Het hof heeft met betrekking tot de ontvankelijkheid in hoger beroep van de man vooropgesteld dat weliswaar vaststaat dat de man de biologische vader van de dochter is, maar dat dit enkele feit niet zonder meer meebrengt dat hij in een nauwe persoonlijke betrekking als bedoeld in artikel 1:377f BW tot de dochter staat. Om zo'n band te kunnen aannemen dienen door de man bijkomende omstandigheden aannemelijk te worden gemaakt. Het hof heeft in rov. 4.2 uitvoerig geschetst hoe partijen, die in de periode voorafgaande aan de bevruchting veel samen waren, hebben gesproken over de rol die de man in het leven van het kind zou spelen, en vastgesteld dat aan het begin van de zwangerschap is gebleken dat zij daarover verschillend dachten, hetgeen ertoe heeft geleid dat de man het contact heeft verbroken. Vervolgens heeft het hof in rov. 4.4 het volgende overwogen.

In de onderhavige situatie, waarin de man – gelet op de uitlatingen van zowel de moeder als de man – niet een willekeurige donor is, maar door de moeder bewust is gekozen als de vader voor haar kind en waarbij de man bewust heeft gekozen voor de moeder als de moeder van zijn kind, partijen ten tijde van de bevruchting een hecht contact hadden, waarin zij elkaar vaak zagen en het voornemen hadden dit contact ook na de bevalling voort te zetten en waarin zij beiden een functie voorzagen van de man in het leven van de dochter – hoewel zij van mening verschilden over de mate daarvan – en de bedoeling was dat de man het kind zou gaan erkennen, is naar het oordeel van het hof voor de geboorte van de dochter tussen de man en het kind een nauwe persoonlijke betrekking ontstaan. Weliswaar is het contact tussen de moeder en de man reeds voor de geboorte van de dochter verbroken en heeft nadien nauwelijks contact tussen de man en de dochter plaatsgevonden, maar dit acht het hof, mede gelet op de wens van de man om omgang met de dochter te hebben en het feit dat de man onbetwist heeft gesteld dat hij die wens door de jaren heen telkens aan de moeder is blijven uiten, niet zodanig bepalend dat daarmee gezegd moet worden dat de nauwe persoonlijke betrekking tussen de man en de dochter thans niet meer bestaat. Het hof acht de man derhalve ontvankelijk in zijn verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling tussen hem en de dochter.

### Beoordeling van het middel door de Hoge Raad

De Hoge Raad beoordeelt onderdeel 1 van het door de moeder tegen de (tussen)beschikking van het hof gericht cassatiemiddel als volgt.

3.4.1 Bij de beoordeling van het hiertegen gerichte onderdeel 1 van het middel wordt het volgende vooropgesteld. Terecht wordt niet geklaagd over de door het hof tot uitgangspunt genomen maatstaf, die meebrengt dat de man als biologische vader van de dochter bijkomende omstandigheden aannemelijk dient te maken, waaruit kan worden afgeleid dat de voor ontvankelijkheid van zijn verzoek vereiste nauwe persoonlijke band tussen hem en de dochter bestaat. Het gaat hier blijkens de door het hof vastgestelde omstandigheden om een bekende donor, die met de (lesbische) moeder niet een bestendige affectieve relatie onderhield, maar die met haar ten tijde van de bevruchting een hecht vriendschappelijk contact had, waarin zij elkaar vaak zagen en het voornemen hadden na de door hen beiden gewenste geboorte dit contact voort te zetten en waarin zij beiden een functie van de man in het leven van het kind voorzagen. In een dergelijk geval is, anders dan in het onderdeel wordt bepleit, voor het aannemen van een nauwe persoonlijke betrekking niet vereist dat het kind geboren wordt uit een tussen de moeder en de biologische vader bestaande relatie die in voldoende mate op één lijn valt te stellen met een huwelijk. Anders dan in onderdeel 1.6 wordt gesteld, is er ook geen grond (vrij) strikte eisen te stellen aan de voor het aannemen van een nauwe persoonlijke betrekking vereiste bijkomende omstandigheden. Het stellen van striktere eisen zou immers ertoe leiden dat een verzoek van de biologische vader tot het treffen van een omgangs- of informatieregeling die volgens hem recht doet aan de intenties van de betrokkenen eerder niet-ontvankelijk zal zijn, met het gevolg dat niet meer wordt toegekomen aan een rechterlijke beoordeling van de vraag of het verzoek toewijsbaar is, waarbij niet alleen de voor het bestaan van een nauwe persoonlijke betrekking relevante gegevens, maar ook andere ten tijde van het verzoek bestaande omstandigheden van belang zijn. Het stellen van bijkomende eisen geschiedt in het belang van de moeder en het kind, maar behoort niet ertoe te leiden dat in een geval waarin naderhand over de rol die de biologische vader volgens de intenties van de moeder en de man in het leven van het door hen gewenste kind zal vervullen geschillen ontstaan, die geschillen aan een beoordeling door een rechter worden onttrokken.

3.4.2 Tegen deze achtergrond heeft het hof door onder de in rov. 4.2 en 4.4 bedoelde omstandigheden te oordelen dat tussen de man en de dochter reeds voor haar geboorte een nauwe persoonlijke betrekking is ontstaan, geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Daarbij heeft het hof kennelijk het oog gehad op de potentiële relatie tussen de biologische vader en zijn kind, die onder omstandigheden onder de bescherming krachtens art. 8 EVRM valt, zoals onder meer is geoordeeld in EHRM 1 juni 2004, nr. 45582/99, NJ 2004, 667, punt 36: 'Although, as a rule, cohabitation may be a requirement for such a relationship, exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto 'family ties' (see Kroon and Others v. the Netherlands, judgment of 27 October 1994, Series A no. 297-C, p. 55, § 30). The existence or non-existence of 'family life' for the purposes of Article 8 is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties (see K. and T. v. Finland, cited above, § 150). Where it concerns a potential relationship which could develop between a child born out of wedlock and its natural father, relevant factors include the nature of the relationship between the natural parents and the demonstrable interest in and commitment by the father to the child both before and after its birth (see Nylund v. Finland (dec.), no. 27110/95, ECHR 1999-VI).' Naar het kennelijke oordeel van het hof zijn in dit geval als dergelijke relevante factoren te beschouwen de hechte en duurzame vriendschapsrelatie van de (lesbische) moeder en de (homoseksuele) man en hun voornemens met betrekking tot de toekomstige rol van de man in het leven van het door hen beiden gewenste kind, dat naar de bedoeling van partijen door de man zou worden erkend, in samenhang met de op blijvende betrokkenheid bij het kind duidende door de jaren heen telkens door de man geuite wens tot omgang met de dochter. Dit oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en kan voor het overige, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet op juistheid worden onderzocht.

3.4.3 Vervolgens heeft het hof, ervan uitgaande dat ten tijde van de geboorte een nauwe persoonlijke betrekking met de dochter was ontstaan, geoordeeld dat de omstandigheid dat het contact tussen de moeder en de man reeds voor de geboorte van de dochter is verbroken en dat nadien nauwelijks contact tussen de man en de dochter heeft plaatsgevonden, niet voldoende is om te concluderen dat die nauwe persoonlijke betrekking met de dochter is verbroken. Ook dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is verder van feitelijke aard, zodat het in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht. Daarbij is in aanmerking te nemen dat het achterwege blijven van contact slechts in samenhang met andere, zwaarwegende feiten en omstandigheden een factor kan vormen bij de beantwoording van de vraag of een eenmaal bestaande nauwe persoonlijke betrekking nadien is verbroken (vgl. onder meer HR 26 november 1999, nr. R99/026, NJ 2000, 85). Het hof heeft kunnen oordelen dat van dergelijke zwaarwegende feiten en omstandigheden geen sprake was.

3.5.1 Op het voorgaande stuiten de rechtsklachten van het onderdeel af. Ook de daarin naar voren gebrachte motiveringsklachten zijn te vergeefs voorgesteld, omdat de hiervoor besproken oordelen in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijk zijn, noch onvoldoende zijn gemotiveerd. Met betrekking tot de afzonderlijke klachten wordt nog het volgende overwogen.

3.5.2 Anders dan in onderdeel 1.12 wordt aangevoerd, is in het licht van de stellingen van de moeder niet onbegrijpelijk dat het hof heeft overwogen dat de moeder de man bewust heeft uitgekozen als de vader van het kind. Het hof heeft uit de stellingen van de moeder kunnen afleiden dat zij de man niet louter heeft benaderd als donor, maar als de biologische vader van het kind die een nader te bespreken functie in het leven van het kind zou vervullen. Evenmin is onbegrijpelijk dat het hof bij de beantwoording van de vraag of de aard van de relatie van de moeder en de man ten tijde van de bevruchting de conclusie van een nauwe persoonlijke betrekking als bedoeld in art. 1:377f BW kan rechtvaardigen, van belang heeft geacht dat het aanvankelijk de bedoeling was dat de man het kind zou erkennen. Deze omstandigheid bleef in de niet onbegrijpelijke gedachtegang van het hof voor de beoordeling van belang, ook al is in een later stadium het contact (door de man) verbroken doordat verschillen van mening ontstonden over de mate waarin de man een functie in het leven van zijn kind zou vervullen, zoals het hof in rov. 4.2 heeft uiteengezet.

3.5.3 In de onderdelen 1.13 en 1.14 worden verder nog omstandigheden aangevoerd die bevestigen dat, zoals het hof in rov. 4.4 onder ogen heeft gezien, het contact tussen de moeder en de man voor de geboorte van de dochter is verbroken en dat nadien nauwelijks contact tussen de man en de dochter heeft plaatsgevonden. Niet onbegrijpelijk is echter dat het hof, dat aannemelijk achtte dat de man is blijven vasthouden aan zijn wens om omgang met de dochter te hebben, in die omstandigheden onvoldoende grond heeft gezien de man in zijn verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling niet-ontvankelijk te verklaren wegens het niet langer bestaan van de vereiste nauwe persoonlijke betrekking.

3.6 Het hof heeft in afwachting van het door de Raad voor de Kinderbescherming in te stellen onderzoek nog geen oordeel gegeven over de toewijsbaarheid van het verzoek. Het heeft in rov. 4.6 overwogen dat het de stelling van de moeder dat contact tussen de dochter en de man niet in het belang van de dochter is, onvoldoende concreet achtte om op voorhand te veronderstellen dat het belang van de dochter zich tegen het vaststellen van een omgangsregeling met de man verzet. Aldus heeft het hof slechts tot uitdrukking gebracht dat het in

te stellen onderzoek niet bij voorbaat zinloos is. De voorwaarde waaronder onderdeel 2 is voorgesteld, te weten dat het hof zou hebben geoordeeld dat een omgangsregeling in het belang van de dochter is, is derhalve niet vervuld, zodat het geen behandeling behoeft.

## De beslissing van de Hoge Raad

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep van de moeder.

## Noot

### 1 Het omgangsrecht van de spermadonor

Onder het oude recht, toen artikel 1:377f BW nog niet bestond<sup>3</sup> en uitsluitend artikel 8 EVRM werd toegepast in omgangsrechtelijke procedures, heeft de Hoge Raad zich ook al eens uitgelaten over een eventueel omgangsrecht van de spermadonor.<sup>4</sup> Hij heeft toen beslist dat door spermadonorschap geen gezinsleven als bedoeld in artikel 8 lid 1 EVRM ontstaat. Deze uitspraak is naar huidig recht nog van belang in die zin, dat ook een nauwe persoonlijke betrekking als bedoeld in artikel 1:377f lid 1 BW niet zal kunnen worden aangenomen op grond van het enkele feit dat de man die een omgangsregeling met het kind verzoekt, spermadonor is. Hij zal bijkomende omstandigheden moeten stellen, waaruit voortvloeit dat er tussen hem en het kind een band bestaat die kan worden aangemerkt als een nauwe persoonlijke betrekking in de zin van laatstgenoemde bepaling.<sup>5</sup>

Ook in de onderhavige procedure gaat het vooral om deze ‘bijkomende omstandigheden’. Op het eerste gezicht lijkt het voor de spermadonor een verloren zaak: maak maar eens een nauwe persoonlijke betrekking met het kind aannemelijk als het contact tussen de moeder en de spermadonor reeds vóór de geboorte van het kind is verbroken (nota bene door de spermadonor zelf!) en als nadien nauwelijks contact tussen de spermadonor en het kind heeft plaatsgevonden. Toch acht het hof dit, mede gelet op de wens van de spermadonor om omgang met het kind te hebben en het feit dat de spermadonor onbetwist heeft gesteld dat hij die wens door de jaren heen telkens aan de moeder is blijven uiten, niet zodanig bepalend dat daarmee moet worden gezegd dat de nauwe persoonlijke betrekking tussen de spermadonor en het kind thans niet meer bestaat. Het hof acht, anders dan de rechtbank, de spermadonor derhalve ontvankelijk in zijn verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling tussen hem en het kind. De Hoge Raad gaat hierin met het hof mee.<sup>6</sup>

Om welke ‘bijkomende omstandigheden’ gaat het dan hier? Omdat deze omstandigheden zo belangrijk en doorslaggevend voor de uitkomst van deze procedure zijn, som ik deze hier nog eens op.

3 Titel 1.15 BW betreffende omgang en informatie, waartoe art. 1:377f BW behoort, is tot stand gekomen bij de Wet van 6 april 1995, *Stb.* 1995, 240, in werking getreden op 2 november 1995, tot nadere regeling van het gezag over en van de omgang met minderjarige kinderen.

4 HR 26 januari 1990, *NJ* 1990, 630 (omgangsrecht spermadonor?).

5 Aldus ook M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Kluwer 2006, nr. 234.

6 Rov. 4.4 van de beschikking van het hof, door de Hoge Raad letterlijk geciteerd in rov. 3.3 van zijn beschikking (zie hierboven onder *Het geding in feitelijke instanties*).

- 1 De man is, gelet op de uitlatingen van zowel de moeder als de man, niet een willekeurige donor.
- 2 De man is door de moeder bewust gekozen als de vader voor haar kind.
- 3 De man heeft bewust gekozen voor de moeder als de moeder van zijn kind.
- 4 Partijen, d.w.z. de man en de moeder, hadden ten tijde van de bevruchting een hecht contact.
- 5 Partijen zagen elkaar vaak.
- 6 Partijen hadden het voornemen dit contact ook na de bevalling voort te zetten.
- 7 Partijen voorzagen beiden een functie van de man in het leven van de dochter, al verschilden zij van mening over de mate daarvan.
- 8 De bedoeling was dat de man het kind zou gaan erkennen.

Onder deze omstandigheden is naar het oordeel van het hof vóór de geboorte van de dochter tussen de man en het kind een nauwe persoonlijke betrekking ontstaan.<sup>7</sup> Met de Hoge Raad ben ik van mening dat al deze omstandigheden het hof tot de conclusie konden brengen dat een nauwe persoonlijke betrekking in de zin van artikel 1:377f lid 1 BW tussen de man en de dochter aanwezig is. Het spermadonorschap en deze bijkomende omstandigheden tezamen rechtvaardigen deze conclusie.

## 2 Nadere uitwerking door de Hoge Raad, mede tegen de achtergrond van de jurisprudentie van het Europese Hof

De Hoge Raad benadrukt in rov. 3.4.1 dat voor het aannemen van een nauwe persoonlijke betrekking niet is vereist dat het kind wordt geboren uit een tussen de moeder en de biologische vader bestaande relatie die in voldoende mate op één lijn valt te stellen met een huwelijk.<sup>8</sup> Ook in de rest van deze rechtsoverweging geeft de Hoge Raad blijk van een opmerkelijke soepelheid. Er is volgens hem geen grond (vrij) strikte eisen te stellen aan de voor het aannemen van een nauwe persoonlijke betrekking vereiste bijkomende omstandigheden. Het stellen van striktere eisen zou immers leiden tot snellere niet-ontvankelijkheid van het verzoek van de biologische vader tot het treffen van een omgangs- of informatieregeling. Aldus zou de rechter niet meer toekomen aan de beoordeling van de vraag of het verzoek toewijsbaar is. Het stellen van bijkomende eisen geschiedt volgens de Hoge Raad in het belang van de moeder en het kind, maar behoort niet ertoe te leiden dat geschillen, zoals die hier zijn ontstaan over de rol van de man in het leven van de

dochter, aan een beoordeling door een rechter worden onttrokken.

In rov. 3.4.2 gaat de Hoge Raad in op de in dit verband relevante jurisprudentie van het Europese Hof. Toen het (gerechts)hof in de onderhavige procedure onder de gegeven omstandigheden oordeelde dat tussen de man en de dochter reeds vóór haar geboorte een nauwe persoonlijke betrekking is ontstaan, heeft het daarbij naar de mening van de Hoge Raad kennelijk het oog gehad op de *potentiële* relatie tussen de biologische vader en zijn kind. Een dergelijke relatie valt onder omstandigheden onder de bescherming krachtens artikel 8 EVRM, zoals onder meer is geoordeeld door het Europese Hof in 2004.<sup>9</sup> De Hoge Raad citeert in rov. 3.4.2 letterlijk de Engelse tekst van punt 36 van laatstgenoemd arrest, in welke passage het Europese Hof ook aandacht besteedt aan o.a. het Kroon-arrest<sup>10</sup> en het Nylund-arrest.<sup>11</sup> In de onderhavige procedure is het (gerechts)hof kennelijk van oordeel dat de hierboven opgesomde acht bijkomende omstandigheden zijn te beschouwen als ‘relevant factors’ in de zin van het Nylund-arrest en het Lebbink-arrest, aldus de Hoge Raad.

De Boer<sup>12</sup> geeft een voortreffelijk overzicht van de rechtspraak van het Europese Hof en van de Hoge Raad in de periode 1985-2005, waarin een groot aantal betrekkingen is erkend als ‘family life’. De Boer<sup>13</sup> besteedt daarin uiteraard ook aandacht aan de betrekking tussen de biologische vader – inclusief de (bekende) donor – en zijn kind, welke betrekking als ‘family life’ kan worden gekwalificeerd, mits er ‘bijkomende omstandigheden’ zijn. Deze bijkomende omstandigheden kunnen worden onderverdeeld in drie categorieën (vóór, na en deels vóór en na de geboorte), waarbij, althans bij verwekking en inschakeling van een bekende donor, strikt genomen categorie b bij categorie c thuishoort, omdat de omstandigheden rondom de bevruchting een prenatale factor van betekenis vormen:

- a een relatie met de moeder, die in voldoende mate met een huwelijk op één lijn valt te stellen, ook als de geboorte plaatsvindt nadat de samenleving tussen de ouders is verbroken of hun relatie geëindigd. Samenleven is nodig, maar bij uitzondering kunnen andere factoren wijzen op voldoende bestendigheid van de relatie. Een aantal factoren is hier relevant, waaronder of het paar samenleeft, de lengte van hun relatie en of zij van hun betrokkenheid op elkaar hebben blijk gegeven door het samen krijgen van kinderen of op enige andere wijze;
- b feitelijke contacten met het kind na de geboorte, waarbij valt te denken aan samenleving, (financiële) verzorging en omgang; of

7 Zie de vorige voetnoot en rov. 3.4.1 van de beschikking van de Hoge Raad.

8 Dit criterium treft men aan in art. 1:204 lid 1, aanhef en onder e, BW in geval van erkenning door een man die is gehuwd met een andere vrouw dan de moeder van het door hem te erkennen kind. Deze erkenning is in beginsel nietig, tenzij de rechtbank heeft vastgesteld dat aanmerkelijk is dat *tussen de man en de moeder een band bestaat of heeft bestaan die in voldoende*

*mate met een huwelijk op één lijn valt te stellen* of dat tussen de man en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestaat.

9 EHRM 1 juni 2004, NJ 2004, 667, m.nt. JdB (Lebbink-Nederland).

10 EHRM 27 oktober 1994, NJ 1995, 248, m.nt. JdB (Kroon e.a.-Nederland), waarover uitvoerig M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer:

Kluwer 2006, nr. 178.

11 EHRM 29 juni 1999, nr. 27110/95, RJD (ECHR) 1999-VI, d.i. Reports of Judgments and Decisions (European Court of Human Rights) 1999-VI (Nylund-Finland); zie in het bijzonder p. 361.

12 Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 13a, in het bijzonder p. 11.

13 Ik citeer De Boer hier zonder vermelding van de relevante rechtspraak; daartoe raadplege men de in de vorige voetnoot aangegeven vindplaats zelf.



c feiten en omstandigheden die deels betrekking hebben op de periode vóór de geboorte (zie onder a) en deels op de tijd na de geboorte (zie onder b), beschouwd in onderling verband en samenhang. In dit verband is van belang dat ook de potentiële relatie tussen natuurlijke vader en kind onder omstandigheden bescherming verdient.

In het onderhavige geval is het contact tussen de moeder en de man reeds vóór de geboorte van de dochter verbroken. Nadien heeft nauwelijks contact tussen de man en de dochter plaatsgevonden. Toch is het hof van mening dat deze omstandigheden niet voldoende zijn om te concluderen dat de nauwe persoonlijke betrekking die ten tijde van de geboorte tussen de man en de dochter was ontstaan, is verbroken. De Hoge Raad laat dit oordeel in rov. 3.4.3 in stand en wijst er terecht op dat het achterwege blijven van contact slechts in samenhang met andere, zwaarwegende feiten en omstandigheden een factor kan vormen bij de beantwoording van de vraag of een eenmaal bestaande nauwe persoonlijke betrekking nadien is verbroken, waarbij hij verwijst naar een eerdere uitspraak.<sup>14</sup>

### 3 Komend omgangsrecht

Binnenkort wordt in het kader van de totstandkoming van het nieuwe (echt)scheidingsrecht ook het omgangsrecht gewijzigd.<sup>15</sup> Artikel 1:377f BW vervalt en zijn inhoud wordt geïncorporeerd in artikel 1:377a lid 1 BW (nieuw). Het belangrijkste rechtsgevolg van deze wetswijziging is, dat de vier ontzeggingsgronden van artikel 1:377a lid 3 BW voortaan niet alleen voor ouders van belang zijn, maar ook voor degenen die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staan.

### 4 Lesbisch ouderschap

Omdat het in het onderhavige geval gaat om een lesbische moeder, zij het dat zij ten tijde van de geboorte van haar kind niet met een andere vrouw samenleefde,<sup>16</sup> besteed ik hier ook nog even aandacht aan het rapport van de Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie (commissie-Kalsbeek) en de mogelijke wetswijzigingen die uit dit rapport kunnen voortvloeien.<sup>17</sup>

De commissie meent dat het ontstaan van het ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder eenvoudiger kan (dan door middel van adoptie). Hiervoor bestaan twee mogelijkheden:

- 1 een meemoeder (gehuwd of ongehuwd) kan een kind erkennen;
- 2 een ongehuwde meemoeder kan een kind erkennen en een gehuwde meemoeder wordt van rechtswege ouder van het kind dat tijdens haar huwelijk met de moeder wordt geboren.

De commissie is van mening dat het in ieder geval mogelijk moet zijn voor de meemoeder om het kind te erkennen. Voor gehuwde lesbische paren zouden voorts zelfs twee mogelijkheden denkbaar zijn: erkenning dan wel ouderschap van rechtswege. In geval van ouderschap van rechtswege zouden lesbische paren op dezelfde wijze als heteroseksuele paren juridische ouders kunnen worden.<sup>18</sup>

Wij zullen moeten afwachten wat de regering met de voorstellen van de commissie gaat doen en hoe zij deze in nieuwe wetgeving zal omzetten. Ik denk dat het verstandig is dat de regering bij een keuze voor een van beide mogelijkheden – erkenning door de meemoeder dan wel ouderschap van rechtswege voor de meemoeder – mede let op de rechtspositie van de verwekker en de spermadonor. Zo kan ik mij voorstellen dat de regering ook bij gehuwde lesbische paren kiest voor erkenning in plaats van ouderschap van rechtswege, omdat zij aldus alle mogelijkheden openlaat. In geval van een keuze voor erkenning kan de moeder immers nog twee kanten uit: zij kan de toestemming tot erkenning verlenen aan hetzij de verwekker of de spermadonor, hetzij de meemoeder. In geval van een keuze voor ouderschap van rechtswege zijn er al twee juridische ouders (twee moeders), zodat de moeder geen toestemming tot erkenning meer aan de verwekker of de spermadonor kan geven. Een kind kan immers maximaal twee juridische ouders hebben, te weten een vader en een moeder, twee vaders dan wel twee moeders. Gelukkig gaat ook de commissie zelf uitdrukkelijk voorbij aan de mogelijkheid van drie juridische ouders.<sup>19</sup>

### 5 Hoe nu verder in deze zaak?

Het is van belang erop te wijzen dat in de onderhavige procedure nog geen oordeel is gegeven over de toewijsbaarheid van het verzoek van de man tot vaststelling van een omgangsregeling. Het gaat hier uitsluitend om de beantwoording van de vraag of het verzoek van de man al dan niet ontvankelijk is, en die vraag hebben het hof en de Hoge Raad bevestigend beantwoord. Het hof heeft immers slechts een tussenbeschikking gegeven, waarbij het de behandeling van de zaak heeft aangehouden en de Raad

<sup>14</sup> HR 26 november 1999, *NJ* 2000, 85.

<sup>15</sup> *Kamerstukken I* 2006/07, 30 145, A, p. 5 (onderdelen O, P, Q, R en S). Het gaat om wetsvoorstel 30 145 (gewijzigd voorstel van wet d.d. 12 juni 2007) tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met het bevorderen van voortgezet ouderschap na scheiding en het afschaffen van de mogelijkheid tot het omzetten van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap (Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige

scheiding), waarover uitvoerig A.J.M. Nuytinck, 'Het nieuwe, door de Tweede Kamer aangenomen echtscheidingsrecht: de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding', *WPNR* 2007-6722, p. 739-745.

<sup>16</sup> Daarvan ga ik althans uit, gelet op punt 2 van de hierboven weergegeven feiten, waarbij wordt gesproken van 'de toenmalige relatie van de moeder' met een vrouw, d.w.z. in 1994, toen de moeder de man leerde kennen.

<sup>17</sup> Het rapport dateert van 31 oktober 2007 en kan

worden gedownload vanaf de website van het ministerie van Justitie; zie [www.justitie.nl/images/8332\\_Bw\\_Rapport-LO\\_tcm34-87352.pdf](http://www.justitie.nl/images/8332_Bw_Rapport-LO_tcm34-87352.pdf). Zie over dit rapport uitvoerig A.J.M. Nuytinck, 'Lesbisch ouderschap. Bespreking van het rapport van de Commissie lesbisch ouderschap en interlandelijke adoptie (commissie-Kalsbeek)', *WPNR* 2008-6738, p. 44-48.

<sup>18</sup> Rapport (zie de vorige voetnoot), p. 27, paragraaf 5.1.

<sup>19</sup> Rapport (zie voetnoot 17), p. 39, paragraaf 7.2.

voor de Kinderbescherming heeft verzocht onderzoek te doen op welke wijze de man en de moeder gezamenlijk of via een derde kunnen vormgeven aan contacten tussen de man en de dochter, en hieromtrent schriftelijk rapport en advies uit te brengen. Pas in de eindbeschikking zal het hof definitief beslissen over de toewijsbaarheid van het verzoek van de man.<sup>20</sup>

Het is dus niet zo – onderdeel 2 van het cassatiemiddel suggereert dit – dat het hof heeft geoordeeld dat een omgangsregeling in het belang van de dochter is. Terecht

benadrukt de Hoge Raad in rov. 3.6 dat het hof alleen maar heeft overwogen dat het de stelling van de moeder dat contact tussen de dochter en de man niet in het belang van de dochter is, onvoldoende concreet achtte om op voorhand te veronderstellen dat het belang van de dochter zich tegen het vaststellen van een omgangsregeling met de man verzet. De Hoge Raad voegt hieraan nog toe dat het hof aldus ‘slechts’ tot uitdrukking heeft gebracht dat het (door de Raad voor de Kinderbescherming) in te stellen onderzoek niet bij voorbaat zinloos is. ■

<sup>20</sup> Het hof heeft na zijn tussenbeschikking op verzoek van de moeder bij latere beschikking zijn

tussenbeschikking aangevuld en beslist dat de moeder van die beschikking dadelijk beroep in

cassatie kan instellen, hetgeen hier dus ook daadwerkelijk is geschied.